

## Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg  
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.  
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg  
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

## Redaktion

Martin Idler, Tübingen

## Mohr Siebeck

2 74. Jahrgang  
18. Januar 2019  
Seiten 53–104

# JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg\*

## Auf den Spuren des römischen Erbes im modernen Personengesellschaftsrecht: Ein historisch-vergleichender Streifzug

Wo greift das Personengesellschaftsrecht im In- und Ausland heute noch auf römisch-rechtliche Denkformen und Figuren zurück, wo hat es sie ausgemustert oder abgewandelt? Diesen Fragen geht der vorliegende Beitrag an den Beispielen der *societas leonina*, *diligentia quam in suis*, *actio pro socio*, des Arbeitsgesellschafters und der pro-rata-Haftung nach. Er ergibt sich damit zugleich auf die Suche nach den Umrissen eines *ius commune societatis*.

### I. Thema

Der Einfluss des römischen Privatrechts auf unser heutiges Zivilrecht steht jedermann vor Augen.<sup>1</sup> Vom Schuld- über das Sachen- bis hin zum Erbrecht gibt es kaum eine Regelungsmaterie, in der das Vermächtnis der Römer nicht präsent wäre.<sup>2</sup> Diese historischen Verbindungslinien werden in den großen Lehrbüchern und Kommentaren regelmäßig hervorgehoben und so im allgemeinen juristischen Bewusstsein wachgehalten.

Im Personengesellschaftsrecht ist dies anders.<sup>3</sup> Zwar haben sich die Rechtshistoriker der Gesellschaft des klassischen Rechts (*societas*) durchaus angenommen. Davon zeugen etwa die frühen Monographien von *Wieacker*<sup>4</sup> und *Arangio-Ruiz*<sup>5</sup> sowie die gesammelten Einzelstudien von *Guarino*<sup>6</sup>,

aus jüngerer Zeit auch die Wiener Habilitationsschrift von *Meissel*<sup>7</sup>, die Jenaer Doktorarbeit von *Mehr*<sup>8</sup> sowie – im Kontext antiker Kapitalvereinigungen – die Regensburger Dissertation von *Fleckner*<sup>9</sup>. Zudem widmen die einschlägigen Lehr- und Handbücher zum römischen Recht der *societas* zumeist ein eigenes Kapitel.<sup>10</sup> Aber der Brückenschlag zum geltenden Recht ist bisher ausgeblieben.<sup>11</sup> Eine größere zusammenhängende Studie, die dem Nachleben des römischen *societas*-Rechts in der Gegenwart gewidmet ist, fehlt; ebenso eine Untersuchung zum gemeineuropäischen Personengesellschaftsrecht, dem *ius commune societatis*.<sup>12</sup> Einen ersten weiterführenden Schritt hat aus der Zunft der Rechtshistoriker zuletzt *Susanne Lepsius* in ihrer tiefgründigen Kommentierung zur BGB-Gesellschaft im historisch-kritischen Kommentar unternommen.<sup>13</sup> Der vorliegende Beitrag aus der Feder eines Gesellschaftsrechtlers knüpft hieran an und spinnt den historisch-vergleichenden Gesprächsfaden fort. Er untersucht auf breiter rechtsvergleichender

\* Der Autor ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

<sup>1</sup> Zusammenfassend *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 21. Aufl. 2017, § 1 Rn. 35 ff. unter der Zwischenüberschrift „Römisches Recht in heutiger Zeit“; ferner *Zimmermann*, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, Bd. II, Stichwort: Römisches Recht, S. 1310; beide m. w. N.

<sup>2</sup> Vgl. *Fargnoli/Rebenich* (Hrsg.), Das Vermächtnis der Römer. Römisches Recht und Europa, 2012; *Rainer*, Das Römische Recht in Europa. Von Justinian zum BGB, 2012.

<sup>3</sup> Treffend *Meissel*, in: *Kalss/Meissel* (Hrsg.), Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa, 2003, S. 13: „Während nämlich im Sachen- und Schuldrecht die Bedeutung des römischen Erbes nach wie vor präsent ist [...], ist dies beim Gesellschaftsrecht weit weniger der Fall.“

<sup>4</sup> *Wieacker*, *Societas*: Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft – Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts, Erster Teil, 1936; später auch *ders.* ZRG RA 69 (1952), 302.

<sup>5</sup> *Arangio-Ruiz*, *La società in diritto romano*, 1950.

<sup>6</sup> *Guarino*, *La società in diritto romano*, 1988.

<sup>7</sup> *Meissel*, *Societas – Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, 2004; zuletzt auch die Salzburger Habilitationsschrift von *Mattiangeli*, *Societas und corpus*, 2017.

<sup>8</sup> *Mehr*, *Societas und universitas*. Römischrechtliche Institute im Unternehmensgesellschaftsrecht vor 1800, 2008.

<sup>9</sup> *Fleckner*, *Antike Kapitalvereinigungen*. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft, 2010, S. 119 ff. und passim.

<sup>10</sup> Vgl. *Harke*, Römisches Recht, 2. Aufl. 2016, § 9 Rn. 36 ff.; *Honsell*, Römisches Recht, 8. Aufl. 2015, S. 147 ff.; *Kaser*, Römisches Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1971, S. 572 ff. (Klassik), Bd. II, 2. Aufl. 1975, S. 409 ff. (Nachklassik); *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 1), § 43 Rn. 1 ff.; *Nelson/Mantbe*, *Gai Institutiones* III 88 – 181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar, 1999, § 148, S. 304 ff.; *Schulz*, *Classical Roman Law*, 1951, S. 549 ff.; *Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1996, S. 451 ff.

<sup>11</sup> Kritisch zum wechselseitigen Desinteresse von Rechtsgeschichte und Gesellschaftsrecht auch *Fleckner* (Fn. 9), S. 112 f.: „Das juristische Schrifttum hat die *societas* eingehend behandelt [...]. Als ein Manko erscheint, dass die Erkenntnisse und Einsichten der gesellschaftsrechtlichen Forschung kaum in die historischen Arbeiten eingeflossen sind (ebensowenig umgekehrt).“

<sup>12</sup> Punktuell *Kalss/Meissel*, in: *dies.* (Fn. 3), S. 1, 9 ff.; für einen knappen Überblick auch *Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, 1985, S. 464 ff.; Bd. II, 1989, S. 95 ff., 354 ff. Eingehend zu den historischen Entwicklungen von GbR, OHG und KG demnächst aber *Fleischer*, in: *ders.* (Hrsg.), *Personengesellschaften im Rechtsvergleich*, 2019, § 1 Rn. 14 ff.

<sup>13</sup> *Lepsius*, in: *Historisch-kritischer Kommentar (HKK) zum BGB*, Bd. III, 2. Teilbd., 2013, §§ 705 – 740.

Grundlage, ob und wie sich ausgewählte Denkformen und Figuren aus dem Fundus der klassischen *societas* im heutigen Personengesellschaftsrecht behauptet haben. Dementsprechend ist er ausschließlich wirkungsgeschichtlich orientiert, ohne einen originären Beitrag zu den römischen Quellen leisten zu können.

## II. Ausgewählte Einzelstudien

Die römische *societas* ist eine reine Innengesellschaft.<sup>14</sup> Sie erschöpft sich in einem Vertragsverhältnis zwischen den Gesellschaftern, ohne als eigenständiges Rechtssubjekt nach außen in Erscheinung zu treten.<sup>15</sup> Daher betreffen die folgenden Miniaturen vornehmlich Fragen des gesellschaftsrechtlichen Innenverhältnisses.

### 1. Societas leonina

#### a) Römisch-rechtlicher Ausgangspunkt

Ob eine vertragliche Vereinbarung zulässig ist, die einem Gesellschafter den ‚Löwenanteil‘ gewährt, den anderen dagegen bloß am Verlust und nicht am Gewinn teilhaben lässt, bildete die „magna quaestio der spätrepublikanischen Jurisprudenz“<sup>16</sup>. Eine solche *societas leonina*<sup>17</sup>, benannt nach der Fabel von der Löwengesellschaft bei *Asop* und *Phädrus*, wurde nach ganz überwiegender Auffassung abgelehnt: Sie laufe dem Wesen der Gesellschaft (*natura societatis*) zuwider<sup>18</sup> und sei überdies in höchstem Maße ungerecht (*iniquissimum genus societatis*)<sup>19</sup>.

#### b) Rechtsvergleichendes Panorama

Diese hergebrachte Sichtweise mitsamt ihrer begrifflich-ontologischen Begründungslinie hat insbesondere die romanischen Gesellschaftsrechte nachhaltig geprägt.<sup>20</sup> Als Mittler wirkte der große französische Rechtsgelehrte *Robert Pothier*. Er führte in seiner berühmten Abhandlung zum Sozietätsvertrag von 1764 unter Berufung auf *Ulpian* aus, dass eine Vereinbarung, die einem Gesellschafter den ganzen Gewinn zuweist, dem Wesen der *société* zuwiderlaufe und daher wie schon im römischen Recht nichtig sei.<sup>21</sup> Dem folgte Art. 1855 Abs. 1 des Code civil (C.c.) von 1804<sup>22</sup>, heute leicht verändert in Art. 1844 Abs. 2 C.c. In Italien übernahm der Codice civile (Cod. civ.) von 1865 wortwörtlich das französische Verbot der *clause léonine*;<sup>23</sup> inzwischen regelt der Codice civile von 1942 das Verbot des *patto leonino* in Art. 2265. Gleichsinnige Vorschriften finden sich für Spanien in Art. 1691 des Código civil und für Portugal in Art. 994 des Código civil. In der Schweiz verbietet Art. 533 Abs. 3 OR die

Vereinbarung, dass ein Gesellschafter nur am Gewinn beteiligt ist, aber nicht am Verlust, macht hiervon jedoch für den Arbeitsgesellschafter eine Ausnahme.<sup>24</sup>

Dagegen wird die Löwengesellschaft in Österreich als zulässig angesehen, sofern die nur am Verlust und nicht am Gewinn beteiligten Gesellschafter hieran ein sachlich gerechtfertigtes Interesse haben.<sup>25</sup> Auch das englische Recht zählt die Gewinnbeteiligung jedes Gesellschafter nicht zu den unerlässlichen Voraussetzungen einer *partnership*<sup>26</sup>; ebenso wenig – in Abkehr von der ablehnenden Haltung eines *Joseph Story*<sup>27</sup> – das moderne US-amerikanische Recht<sup>28</sup>.

### c) Deutsche Rechtsentwicklung

Hierzulande durfte die schillernde Figur der Löwengesellschaft lange Zeit in keinem Lehrbuch fehlen.<sup>29</sup> Die historischen Gesetzgeber des ADHGB und des BGB hatten auf ein ausdrückliches Verbot der *societas leonina* nur deshalb verzichtet, weil sie dieses Verbot für selbstverständlich hielten.<sup>30</sup> Im Anschluss daran nahm man im Schrifttum früher vielfach an, dass alle Personengeschafter jedenfalls bei gewinnorientierten Gesellschaften am Gewinn beteiligt sein müssten.<sup>31</sup> Andernfalls liege eine unzulässige Löwengesellschaft vor, die mangels gemeinsamen Zwecks oder wegen Missachtung des gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes<sup>32</sup> in Wahrheit keine Gesellschaft, sondern – nach einem berühmten Wort von *Windscheid* – „eine unter dem Namen der Gesellschaft versteckte Schenkung“<sup>33</sup> darstelle.<sup>34</sup> Diese überkommene Sicht vermochte sich in Rechtsprechung und Rechtslehre jedoch nicht zu behaupten. Für eine von der KG zur GbR herabgesunkene Gesellschaft sprach der BGH im Jahre 1987 aus, dass eine Person, die nicht am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt ist, sondern als Geschäftsführer nur eine feste Tätigkeitsvergütung erhält, gleichwohl Gesellschafter sein könne.<sup>35</sup> Die neuere Lehre stimmt dem fast einhellig zu.<sup>36</sup> Sie stützt sich vor allem auf die Erwägung, dass zwischen dem gemeinsamen Zweck i. S.

<sup>24</sup> Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, § 1 Rn. 100; monographisch *Frei*, *Societas leonina*. Zwingende Ergebnisbeteiligung und gemeinsamer Zweck in der einfachen Gesellschaft, 2002.

<sup>25</sup> Vgl. *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht, 2017, Rn. 153.

<sup>26</sup> Vgl. *Banks*, *Lindley & Banks On Partnership*, 20. Aufl. 2017, Rn. 2–12.

<sup>27</sup> *Story*, *Commentaries on the Law of Partnership*, 1. Aufl. 1841, § 18, S. 22: „[E]very real partnership [...] imports, *ex vi termini*, a community of interest in the profits [...]. And this is of the very essence of the contract; for without the communion of profit, a partnership cannot, in the contemplation of law, exist.“

<sup>28</sup> Vgl. bereits *Singleton v. Fuller*, 118 Cal. App. 2d 733, 741 (1953): „The fact that the agreement between them is that only one party may share in the gross receipts does not necessarily negative the existence of a partnership.“

<sup>29</sup> Vgl. etwa *Flume*, *Die Personengesellschaft*, 1977, § 3 V, S. 48 ff.; *A. Hueck*, *Das Recht der OHG*, 4. Aufl. 1971, § 1 I 1b, S. 4 mit Fn. 9; *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, § 4 I 1, S. 58 f.; *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, Bd. II, 2004, § 2 III 1a, S. 123 f. und § 7 I 1a, S. 594.

<sup>30</sup> Vgl. *Mugdan* (Hrsg.), *Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich*, Bd. 2, 1899, S. 594.

<sup>31</sup> So etwa *Ballerstedt* JuS 1963, 253, 255; *Schulze-Osterlob*, *Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften*, 1973, S. 22 ff.

<sup>32</sup> Zuletzt noch *Staudinger/Kesler*, *BGB*, 12. Aufl. 1991, vor § 705 Rn. 179.

<sup>33</sup> *Windscheid/Kipp*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl. 1906, Bd. II, § 405, S. 779.

<sup>34</sup> Vgl. etwa *Kesler* (Fn. 32), vor § 705 BGB Rn. 179; *Larenz*, *Schuldrecht BT*, 12. Aufl. 1981, § 60 I a, S. 372.

<sup>35</sup> Vgl. *BGH NJW* 1987, 3124, 3125.

<sup>36</sup> Vgl. etwa *Westermann*, in: *Erman*, *BGB*, 15. Aufl. 2017, § 705 Rn. 32; *Schäfer*, in: *MünchKommBGB*, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 150; *Hadding/Kießling*, in: *Soergel*, *BGB*, 13. Aufl. 2011, § 705 Rn. 151.

<sup>14</sup> Vgl. *Honsell* (Fn. 10), S. 148; *Kaser/Knütel/Lohse* (Fn. 1), § 43 Rn. 7.

<sup>15</sup> Dies hervorhebend auch *Fleckner* (Fn. 9), S. 120: „[...] beschreibt der Begriff der *societas* insoweit streng juristisch betrachtet nicht die Gemeinschaft als solche oder als Summe ihrer Mitglieder; *societas* ist vielmehr eine Kurzbezeichnung für die komplexen vertraglichen Beziehungen, die zwischen den *socii* bestehen.“

<sup>16</sup> *Meissel*, in: *Gedächtnisschrift Mayer-Maly*, 2011, S. 347, 354.

<sup>17</sup> Monographisch *Hingst*, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte*, 2003.

<sup>18</sup> *Gai.* 3, 149.

<sup>19</sup> *Ulp.* D. 17, 2, 29, 2.

<sup>20</sup> Eingehender zu Folgendem bereits *Fleischer*, in: *Festschrift für Köndgen*, 2016, S. 201, 202 ff.

<sup>21</sup> *Pothier*, *Traité du contrat de société*, 1764, Rn. 12.

<sup>22</sup> „La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle.“

<sup>23</sup> „È nulla la convenzione che attribuisce ad uno dei soci la totalità dei guadagni.“

des § 705 BGB und der individuellen Motivlage eines jeden Gesellschafters zu unterscheiden sei: Ob letzterer mit seiner Beteiligung ein materielles oder ideelles Interesse verfolge, sei für das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses ohne Belang.<sup>37</sup> Statt eines starren Verbots der *societas leonina* bevorzugt man heute die bewegliche Schranke des § 138 BGB zur Überprüfung eines Gewinnausschlusses.<sup>38</sup> Im Lichte aller Fallumstände kann sich dann ergeben, dass die konkrete Gewinnabrede wegen ihrer einseitigen Gestaltung sittenwidrig ist.<sup>39</sup>

#### d) Zwischenbefund

„The text in the Digesta dealing with the *societas leonina*, as well as the immediately preceding and subsequent statements on participation in profit and loss, left indelible imprints on the modern law of partnership, giving rise to divergent perspectives and arrangements“<sup>40</sup>, hat ein südafrikanischer, am römisch-holländischen Recht geschulter Kollege kürzlich resümiert. Dies trifft historisch auf alle hier erörterten Rechtsordnungen zu. Ebenso richtig ist allerdings, dass unter ihnen die Zahl jener wächst, welche die *societas leonina* als gesellschaftsrechtliche Grundfigur ausmustern und eine Gewinnbeteiligung nicht mehr zum Wesensmerkmal der Verbandsmitgliedschaft zählen. Man darf gespannt sein, wie lange sich das gerontokratische Regime vom *caractère essentiel* der Gewinnbeteiligung in den romanischen Rechten noch wird halten können. Feine Risse in der Verteidigungsfront sind bereits sichtbar. Im belgischen Reformentwurf von 2018 ist das Verbot leoninischer Verträge beschränkt auf solche Abreden, die den gesamten Gewinn einem einzigen Gesellschafter zuweisen.<sup>41</sup> Der niederländische Gesetzgeber hat das Verbot der *leeuwenvennootschap* für die GmbH bereits im Jahre 2012 aufgegeben; nach Art. 2:228 Abs. 7 des *Nieuw Burgerlijk Wetboek* kann die Satzung auch vorsehen, dass Anteile einer bestimmten Gattung kein oder nur ein eingeschränktes Gewinnrecht vermitteln.<sup>42</sup> Für die Personenhandelsgesellschaft, die in der noch immer geltenden Ursprungsversion des *Burgerlijk Wetboek* von 1838 dem französischen Vorbild folgt, verzichtet der Reformvorschlag einer Arbeitsgruppe von 2017 auf das Verbot der *societas leonina*.<sup>43</sup>

## 2. Diligentia quam in suis

### a) Römisch-rechtlicher Ausgangspunkt

Über den Sorgfaltsmaßstab in der *societas* zeichnet die moderne Forschung ein vielschichtiges Bild.<sup>44</sup> Sicher erscheint nur, dass die ursprüngliche *dolus*-Haftung der Gesellschafter von *Celsus* in der Hochklassik auf Fälle der *culpa*-Haftung

erweitert wurde.<sup>45</sup> Ein berühmtes *Gaius*-Fragment führte dann die Figur der *diligentia* quam in suis ein<sup>46</sup>, doch ist bis heute ungeklärt, ob *Gaius* damit eine vorsichtige Erweiterung der an sich gegebenen *dolus*-Haftung<sup>47</sup> oder eine Milderung gegenüber einer vereinzelt bereits vertretenen Haftung für *Culpa in abstracto*<sup>48</sup> im Sinn hatte. Jedenfalls fand die betreffende Digestenstelle später Eingang in *Justinians Institutionen-Lehrbuch*.<sup>49</sup> Demgegenüber lassen sich in der Spätklassik bei *Ulpian* verschiedene Belege für einen objektiven Haftungsmaßstab nachweisen.<sup>50</sup>

### b) Rechtsvergleichendes Panorama

Angesichts dieser uneinheitlichen Quellenlage überrascht es nicht, dass die großen europäischen Zivilrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts in der Haftungsfrage unterschiedliche Wege einschlugen.<sup>51</sup> In Frankreich hatte *Pothier* unter Hinweis auf die justinianischen Institutionen noch auf den Maßstab eigenüblicher Sorgfalt abgestellt, der nur ein grob fahrlässiges Fehlverhalten nicht mehr entschuldigt. Der *Code civil* von 1804 schrieb jedoch keinen Sorgfaltsmaßstab fest, sondern beschränkte sich in Art. 1850 auf die Aussage, dass jeder Geschäftsführer einer *société civile* der Gesellschaft und Dritten gegenüber für Verletzungen des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrages sowie für fehlerhafte Geschäftsführung haftet. Die Gesetzesmaterialien notierten hierzu lediglich, dass man die römisch-rechtlichen Abstufungen der Fahrlässigkeit nicht übernommen habe und den Gerichten insoweit ein Ermessensspielraum verbleibe.<sup>52</sup> Im frühen Schrifttum verstand man das legislatorische Schweigen zum Teil dahin, dass der Geschäftsführer nach Auftragsrecht haftete<sup>53</sup>; zum Teil hielt man den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Sorgfaltsmaßstab des Art. 1137 C.c. für anwendbar.<sup>54</sup> Einvernehmen bestand jedenfalls darüber, dass der Gesetzgeber der traditionellen Theorie eigenüblicher Sorgfalt eine Absage erteilt hatte.<sup>55</sup> In Übereinstimmung damit ist heute für geschäftsführende Personengesellschafter unverändert anerkannt, dass ihre Verantwortlichkeit nach Art. 1850 C.c. weder Vorsatz noch eine besondere Schwere des Verstoßes erfordert.<sup>56</sup> Auf der gleichen Linie liegt Art. 2260 Abs. 1 des italienischen *Codice civile*, wonach sich die Rechte und Pflichten aller geschäftsführenden Personengesellschafter

<sup>45</sup> Vgl. D. 16, 3, 32; dazu etwa *Meissel* (Fn. 7), S. 291 f.

<sup>46</sup> Vgl. D. 17, 2, 72.

<sup>47</sup> So etwa *Hausmaninger*, in: Festschrift für Kaser, 1976, S. 265, 275.

<sup>48</sup> So etwa *Zimmermann* (Fn. 10), S. 463: „His main concern appears to be the proper limitation of the socius' liability.“

<sup>49</sup> Vgl. Inst. 3, 25, 9; dazu *Meincke*, in: Festschrift für Maier-Reimer, 2010, S. 443, 454.

<sup>50</sup> Vgl. vor allem D. 17, 2, 52, 2; dazu etwa *Meissel* (Fn. 7), S. 292 f.; früh schon *Wieacker* SZ 54 (1934) 35, 62 f., 73 ff.

<sup>51</sup> Eingehender zu Folgendem bereits *Fleischer/Danninger* NZG 2016, 481, 485 ff.

<sup>52</sup> Vgl. *Fenet*, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Bd. 14, 1836, S. 374.

<sup>53</sup> Dazu *Pothier*, *Traité du contrat de société, mise en rapport avec le code civile, et le code de procédure civile*, par *M. Hutteau*, 1808, Rn. 124 mit Fn. 57: „Nous observons que le Code civil ne désigne pas d'une manière expresse le genre de faute dont un associé est garant. Nous croyons que le législateur n'a gardé le silence à ce sujet que parce qu'il a expliqué quelles sont les obligations d'un mandataire au Titre 13 des Mandats, L. 3, et qu'il a implicitement jugé que le sociétaire garant pour le compte de la société était son mandataire sous ce rapport.“

<sup>54</sup> Vgl. etwa *Baudry-Lacantinerie/Wahl*, *Traité de droit civil*, De la société, du prêt, du dépôt, 3. Aufl. 1907, Rn. 199.

<sup>55</sup> Vgl. *Baudry-Lacantinerie/Wahl* (Fn. 54), Rn. 199: „Le code a donc, quoique ce point ait été autrefois controversé, rejeté la théorie traditionnelle: l'associé, comme tout obligé, est responsable de sa faute, sans restriction [...]“

<sup>56</sup> Vgl. *Le Lamy*, *Sociétés Commerciales*, 2018, Rn. 717.

<sup>37</sup> So oder ähnlich *A. Hueck* (Fn. 29), § 1 I 1b, S. 4; *Schäfer*, in: *Münch-KommBGB* (Fn. 36), § 705 Rn. 151.

<sup>38</sup> Vgl. *Fleischer*, in: Festschrift für Köndgen, 2016, S. 201, 212; *Hings* (Fn. 17), S. 422.

<sup>39</sup> Vgl. *Flume* (Fn. 29), § 3 V, S. 49; *Hadding/Kießling*, in: *Soergel* (Fn. 36), § 705 Rn. 36.

<sup>40</sup> *Hemming Journal of Contemporary Roman-Dutch Law* 76 (2013), 156.

<sup>41</sup> Art. 4:2 des Entwurfs eines *Wetboek van vennootschappen en verenigingen* (WVV).

<sup>42</sup> Dazu *Hirschfeld* RIW 2013, 134, 137; *Zaman* GmbH 2012, 1062, 1064 f.

<sup>43</sup> Vgl. *Werkgroep personenvennootschappen, Modernising Personenvennootschappen*, 2016, Art. 17 und dazu die Erläuterungen auf S. 88.

<sup>44</sup> Dazu *Zimmermann* (Fn. 10), S. 464: „If the picture presented so far appears to be complex and multifaceted (and it must be emphasized that nearly everything – apart from the initial *dolus* liability – has been and still is the subject of scholarly dispute), we have yet to add a further dimension to the problem of a partner's standard of liability.“; *Lepsius*, in: *HKK-BGB* (Fn. 13), §§ 705–740 Rn. 104, 109 f.; *Meissel* (Fn. 7), S. 291 ff.

nach den Vorschriften über den Auftrag bestimmen. Maßgeblich ist damit Art. 1710 Abs. 1 Cod. civ., der den Beauftragten verpflichtet, den Auftrag mit der Sorgfalt eines guten Familienvaters auszuführen.<sup>57</sup> In Spanien greift Art. 1686 des Código civil für die sociedad civil den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Sorgfaltsmaßstab auf und verzichtet auf jedwede Haftungsmilderung.<sup>58</sup> Demgegenüber haften die Gesellschafter einer sociedad colectiva oder comanditaria nach Art. 144 des Código de comercio nur für Arglist und grobe Fahrlässigkeit.

Jenseits des Atlantiks knüpfte *Joseph Story* in seinem Grundlagenwerk zum Personengesellschaftsrecht von 1841 zunächst an die *Gaius*-Stelle zur diligentia quam in suis an, sprach sich aber unter Berufung auf eigene Veröffentlichungen zum agency- und bailment-Recht sowie unter zweifelhafter Bezugnahme auf *Pothier* für einen strengeren objektiven Sorgfaltsmaßstab aus.<sup>59</sup> Heute haben sich die Anschauungen gewandelt. Die Gerichte greifen zwar nicht auf die Figur der eigenüblichen Sorgfalt zurück, bejahen eine Binnenhaftung aber häufig<sup>60</sup> nur bei grober Fahrlässigkeit.<sup>61</sup> Der Revised Uniform Partnership Act von 1997 (RUPA), der in über 30 Bundesstaaten gilt, hat dies in sec. 404(c) übernommen. In England neigten die Gerichte früher dazu, den Maßstab eigenüblicher Sorgfalt anzulegen.<sup>62</sup> Neuere Entscheidungen favorisieren indes den objektiven Standard eines ordentlichen Geschäftsmannes.<sup>63</sup> Ein jüngerer Versuch, die Gerichte wieder vom Gegenteil zu überzeugen, blieb erfolglos: In einem Verfahren aus dem Jahr 2009 berief sich der Beklagte ausdrücklich auf die in den Institutionen *Justinians* zitierte *Gaius*-Stelle zur diligentia quam in suis<sup>64</sup>, fand damit aber vor dem High Court kein Gehör. Das Gericht zog sogar in Zweifel, dass der Sorgfaltsmaßstab in früheren Zeiten großzügiger war.<sup>65</sup> Für Schottland, wo der Partnership Act 1890 ebenfalls Anwendung findet, hat die Rechtsprechung im Jahre 2000 in einem Haftungsstreit unter Partnern einer Anwaltssozietät sowohl einen streng-objektiven wie einen streng-subjektiven Sorgfaltsmaßstab verworfen und sich für einen „modified or quasi-objective standard“<sup>66</sup> ausgesprochen.<sup>67</sup>

<sup>57</sup> Vgl. *Campobasso*, Diritto delle società, 9. Aufl. 2015, S. 95.

<sup>58</sup> Vgl. *Perdices Huetos*, in: *Bercovitz Rodríguez-Cano*, Comentarios al Código civil, 2013, Art. 1686 Anm. 2.1.

<sup>59</sup> Vgl. *Story* (Fn. 27), S. 263: „It would, perhaps, have been more exact to say, that in cases of partnership the same diligence is ordinarily required of each partner, as reasonable and prudent men generally employ about the like business; unlike the circumstances of the particular case repel such a conclusion.“; unverändert in der 4. Aufl. 1955, S. 290.

<sup>60</sup> Strengere Anforderungen werden gelegentlich an geschäftsführende Partner gestellt; dazu *Callison* 94 Ky. L. J. 451, 474 (2005–2006).

<sup>61</sup> Als Leitentscheidung nennt der offizielle Kommentar zum RUPA unter 3. *Rosenthal v. Rosenthal*, 543 A.2d 348, 352 (Me. 1988), doch ist dies keineswegs zweifelsfrei; vgl. *Martin* 65 U. Chi. L. Rev. 1307, 1320 (1998): „aggressive treatment of Rosenthal“.

<sup>62</sup> Vgl. *Banks* (Fn. 26), Rn. 20–13.

<sup>63</sup> Vgl. etwa *Winsor v. Schroeder* (1979) 129 NLJ 1266: „W was required not to act below the standards of a reasonable businessman in the situation in which he found himself.“

<sup>64</sup> Vgl. *Tann v. Herrington* [2009] Bus LR 1051 Rn. 66: „Mr Blackett-Ord argues that a partner’s duty to the firm is ‘to take such a level of care as he would take in relation to his own affairs’ (a formulation which I note comes verbatim from the text of the *Institutes of Justinian* at III xxv 9 in the translation of Professor Thomas [..].“

<sup>65</sup> Vgl. *Tann v. Herrington* [2009] Bus LR 1051 Rn. 68.

<sup>66</sup> *Banks* (Fn. 26), Rn. 20–14.

<sup>67</sup> *Ross Harper & Murphy v. Scott Banks*, 2000 SLT 699 Rn. 30 (per *Lord Hamilton*): „In the absence of clear and binding authority I favour a standard which requires the exercise of a reasonable care in all relevant circumstances. Those circumstances will include recognition that the relationship is one of partnership (which may import some mutual tolerance of error), the nature of the particular business conducted by the partnership (including

In der Schweiz schränkt Art. 538 Abs. 1 OR die Sorgfalt eines Personengesellschafters schon seit seiner Ursprungsfassung von 1883 auf den Fleiß und die Sorgfalt ein, die ein Gesellschafter in seinen eigenen Angelegenheiten pflegt. Dagegen nahm die Entwicklung des Sorgfaltsmaßstabs in Österreich manche Wendungen. In OG und KG zieht man seit dem Handelsrechtsänderungsgesetz von 2005 für die Sorgfalt eines Geschäftsführers § 1299 ABGB heran, der ganz allgemein den Haftungsmaßstab von Sachverständigen regelt.<sup>68</sup> Außerhalb der Geschäftsführung gelten die allgemeinen schadensersatzrechtlichen Normen der §§ 1296, 1297 ABGB.<sup>69</sup> Für die GesbR schreibt § 1189 Abs. 3 Satz 1 ABGB seit der Grundsatzreform von 2015 den Sorgfaltsmaßstab für geschäftsführende Gesellschafter ausdrücklich fest: „Die Geschäfte sind so sorgfältig zu führen, wie es Art und Umfang der Gesellschaft erfordern.“ Ausweislich der Gesetzesmaterialien soll damit eine Objektivierung der Sorgfaltspflicht erreicht werden, die dennoch eine Berücksichtigung der konkreten Umstände in der jeweiligen Gesellschaft ermöglicht.<sup>70</sup> Erläuternd heißt es weiter, dass an die Gesellschafter einer Innen-GesbR mit einem ideellen Zweck (zum Beispiel Organisation einer privaten Veranstaltung) in der Regel geringere Sorgfaltsanforderungen zu stellen seien als an die – häufig hauptberuflich tätigen – Geschäftsführer einer GesbR, die ein Unternehmen betreibt.<sup>71</sup>

### c) Deutsche Rechtsentwicklung

Hierzulande präsentierte sich das Meinungsbild der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts zur gemeinrechtlichen societas wenig einheitlich. Während *Windscheid* festhielt, dass der Gesellschafter außer wegen Arglist nur wegen derjenigen Nachlässigkeit hafte, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt<sup>72</sup>, trat *Dernburg* mit ausführlicher Begründung für eine gegenteilige Auffassung ein: Dass die Gesellschafter im römischen Sozietätsrecht gegenseitig nur für culpa in concreto eintreten mussten, erkläre sich durch den familienartigen Charakter der alten societas.<sup>73</sup> Für merkantile Gesellschaften passe dieser Satz nicht. Unbefriedigend sei auch die Erklärung von *Gaius*, dass der geschädigte Gesellschafter sich selbst zuzurechnen habe, mit wem er seinen Vertrag eingegangen sei: „Dieser Grund würde bei jedem Kontrakte zutreffen.“<sup>74</sup> Einen vermittelnden, nach Fallgruppen differenzierenden Standpunkt hatte zu Beginn des 19. Jahrhunderts *Glück* in seinen Pandektenerläuterungen eingenommen.<sup>75</sup>

Ebenfalls nicht ohne Brüche verlief die parallel einsetzende Diskussion um den sachgerechten Sorgfaltsmaßstab für OHG- und KG-Gesellschafter. Einen ersten Orientierungspunkt enthielt der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten von 1857, der sich für einen objektiven

any risks or hazards attendant to it) and any practices adopted by that partnership in the conduct of that business.“

<sup>68</sup> Vgl. *Kraus*, in: *Torggler*, UGB, 2. Aufl. 2016, § 114 Rn. 11.

<sup>69</sup> Vgl. *Torggler*, Abschied vom Handelsrecht?, 2005, S. 42 f.

<sup>70</sup> Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25. GP, S. 14.

<sup>71</sup> So ausdrücklich ErlRV 270 BlgNR 25. GP, S. 14.

<sup>72</sup> Vgl. *Windscheid/Kipp* (Fn. 33), § 406, S. 781.

<sup>73</sup> Vgl. *Dernburg*, Pandekten, Bd. II, 6. Aufl. 1900, § 125, S. 344; zustimmend *Lepsius*, in: HKK-BGB (Fn. 13), §§ 705–740 Rn. 109: „historisch-funktional überzeugendes Argument“.

<sup>74</sup> *Dernburg* (Fn. 73), § 125, S. 344 mit Fn. 8.

<sup>75</sup> Vgl. *Glück*, Pandecten, 1816, 17. Buch, 2. Titel, § 968, S. 436 f.: „Zuweilen muß auch der Socius für das geringste Versehen stehen, nämlich a) wenn sich dasselbe durch positive schädliche Tätigkeit äusserte [..], b) wenn sich der Gesellschafter zu Diensten verpflichtete, welche eine gewisse Kunst und Geschicklichkeit voraussetzen [..], c) wenn eine gemeinschaftliche Sache bey ihm diebisch entwendet worden ist.“

Standard aussprach und die *diligentia quam in suis* für Personengesellschaften als ungeeignet verwarf.<sup>76</sup> Bei den Beratungen der Nürnberger Kommission zum ADHGB verbotete sich dieser Standpunkt allerdings nicht durchzusetzen, weil es

„gegen die bisherige Uebung und auch gegen die Natur des Societatsverhältnisses verstoße, von dem Gesellschafter nach dem Vorgang des Entwurfes die Prästation des Fleißes und der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu verlangen, während die Gesellschaftsverträge häufig gerade deshalb namentlich von älteren Leuten mit jüngeren Männern eingegangen würden, weil sie nicht mehr im Stande seien, überall den Pflichten eines ordentlichen Kaufmannes nachzukommen“<sup>77</sup>.

Außerdem bringe es die Innigkeit des Verbandes der Gesellschafter mit sich, dass sie nicht jedes, bei den meist lebenslänglichen Geschäftsverbindungen unterlaufende Versehen sich gegenseitig anrechneten. Der einhellig beschlossene Art. 94 Abs. 1 ADHGB von 1861 bestimmte daher:

„Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, in den Angelegenheiten der Gesellschaft den Fleiß und die Sorgfalt anzuwenden, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“

Hieran hielt der BGB-Gesetzgeber von 1900 in § 708 mit der vielzitierten, an *Gaius* gemahnenden Bemerkung fest, „daß Parteien, die mit einander einen Gesellschaftsvertrag einzugehen beabsichtigten, sich gegenseitig so nehmen wollten, wie sie einmal seien, daß jeder Theil von vornherein die Individualität des anderen ins Auge fasse und daher nur verlange, daß er in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten dieselbe Sorgfalt wie in den eigenen Angelegenheiten übe“<sup>78</sup>.

#### d) Zwischenbefund

International werden die römischen Quellen bis heute zitiert und gelegentlich auch als Argument in einen Gerichtsprozess eingeführt. Ein gemeinsamer Nenner hat sich bisher nicht herausgebildet.<sup>79</sup> In jüngerer Zeit gewinnt jedoch ein objektiver Sorgfaltsmaßstab zusehends die Oberhand. Hierfür finden sich verschiedene Begründungsmuster. In den romanischen Rechten neigt man dazu, geschäftsführende Gesellschafter dem Auftragsrecht mit seiner objektiv-typisierenden Sorgfalt zu unterstellen. Manche Jurisdiktionen betonen zudem einen Zusammenhang zwischen entgeltlicher Geschäftsführung und größerer Professionalität oder lassen umgekehrt bei unentgeltlicher Tätigkeit größere Nachsicht walten. Anderen Rechtsordnungen ist die Figur der eigenüblichen Sorgfalt generell suspekt. Auch sie weichen allerdings für Personengeschafter nicht auf den Maßstab grober Fahrlässigkeit aus, sondern belassen es bei dem allgemeinen zivilrechtlichen Sorgfaltsstandard. Schließlich gibt es eine deutliche

Tendenz, unter dem Einheitsdach des objektiven Fahrlässigkeitsbegriffs stärker nach Verkehrskreisen zu differenzieren.

### 3. Actio pro socio

#### a) Römisch-rechtlicher Ausgangspunkt

Die Klage aus dem Gesellschaftsverhältnis (*actio pro socio*) wird in zahlreichen Digestenstellen erwähnt.<sup>80</sup> Nach heute herrschender Lesart war sie im klassischen römischen Recht allerdings während des Bestehens der Gesellschaft (*manente societate*) nicht gestattet.<sup>81</sup> Vielmehr führte ihre Erhebung zur Auflösung der Gesellschaft. In diesem Sinne war die *actio pro socio* keine Beitrags- oder Ersatz-, sondern eine umfassende Abrechnungsklage.<sup>82</sup> Dies wirft zugleich ein Schlaglicht auf die Rechtsnatur der Personengesellschaft in jener Epoche: Die *societas* erschöpfte sich in einem Vertrauensverhältnis, das vom Dauerkonsens aller Gesellschafter getragen werden musste.<sup>83</sup> Während ihres Bestehens gab es daher grundsätzlich keinen gesellschaftsrechtlichen<sup>84</sup> Durchsetzungsmechanismus, insbesondere keine *actio*. Die römische Privatrechtsordnung scheute davor zurück, in einen bestehenden Personenzusammenschluss einzugreifen,<sup>85</sup> und folgte stattdessen einem Prinzip der Nichteinmischung in innergesellschaftliche Angelegenheiten<sup>86</sup>. Erst unter *Justinian* veränderten sich Rechtsnatur und Funktion der *actio pro socio*. Er ließ sie ausdrücklich auch *manente societate* zu und ermöglichte es so jedem Personengeschafter, eine bloße Beitragsklage zugunsten des Gesellschaftsvermögens zu erheben.<sup>87</sup>

#### b) Rechtsvergleichendes Panorama

Anders als über die rechtsgeschichtlichen Wurzeln der *actio pro socio* ist über ihre rechtsvergleichende Verbreitung bisher wenig bekannt.<sup>88</sup> In Frankreich erklärte sie *Pothier* zwar im Einklang mit der gemeinrechtlichen Entwicklung schon während des Bestehens der Gesellschaft für zulässig.<sup>89</sup> Gleichwohl konnte sie sich erst vor drei Jahrzehnten und dann auch nur in Form einer Haftungsklage gegen Organmitglieder durchsetzen. Noch im Jahre 1980 hatte die *Cour de cassation* ein der deutschen *actio pro socio* vergleichbares Klagerecht – die *action sociale ut singuli* – als unzulässig verworfen, weil es hierfür anders als im Kapitalgesellschaftsrecht an einer gesetzlichen Grundlage fehlte.<sup>90</sup> Der Reformgesetzgeber reagierte hierauf, indem er im Jahre 1988 ein Einzelklagerecht in Art. 1843–5 C.c. einführt, das es einem oder mehreren Gesellschaftern erlaubt, einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen pflichtvergesene Geschäftsführer geltend zu machen.

<sup>76</sup> Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, Zweiter Theil, Motive, 1857, S. 55 „Dieser Maaßstab der Diligenz ist indessen schon an sich ein schwankender, und für die Handelsgesellschaften um so weniger angemessen, als bei diesen nach der Natur der Sache und nach der Absicht der Kontrahenten jeder Theilnehmer als ein Sachverständiger angesehen werden muß, von welchem man erwartet, daß er den Fleiß und die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anwenden wird.“

<sup>77</sup> Schubert (Hrsg.), Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Bd. I, Nachdruck 1984, S. 180 (Sitzung vom 21. 2. 1857).

<sup>78</sup> Protokolle, bei *Mugdan* (Fn. 30), S. 985.

<sup>79</sup> In diesem Sinne auch *Kalss/Meissel* (Fn. 12), S. 1, 10: „In Summe heißt das, dass es durchaus europäische *features* einer Gesellschafterhaftung gibt, dass diese aber nicht von vornherein auf das eine oder das andere Modell reduzierbar sind, sondern möglicherweise gerade in deren flexibler Kombination bestehen.“; ferner *Lepsius*, in: HKK-BGB (Fn. 13), §§ 705–740 Rn. 104: „Es eröffnete sich bei dieser Quellenausgangslage eine Zweigleisigkeit der Argumentation bis zu den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts.“

<sup>80</sup> Vgl. etwa *Ulp.* D. 17, 2, 63; *Ulp.* D. 17, 2, 52, 14; *Paul.* D. 17, 2, 65, 15.

<sup>81</sup> Vgl. *Drosowski*, Das Verhältnis von *actio pro socio* und *actio communi dividundo* im klassischen römischen Recht, 1998, S. 38 ff.; *Kaser* SDHI 41 (1975), 278, 329 ff.; *Meissel* (Fn. 7), S. 41 ff.; *Thomas* 48 *Tul. L. Rev.* 1099, 1110 ff. (1974); abw. *Arangio-Ruiz* (Fn. 5), S. 176 ff.

<sup>82</sup> Vgl. *Wieacker* (Fn. 4), S. 9 ff.; *ders.*, ZRG RA 69 (1952), 302, 313 ff.

<sup>83</sup> Vgl. *Kaser* (Fn. 10), Bd. I, S. 574.

<sup>84</sup> Zur Absicherung der Erfüllung von Gesellschafterpflichten durch wechselseitige Versprechen von Vertragsstrafen *Kaser/Knüttel/Lobbsse* (Fn. 1), § 43 Rn. 11.

<sup>85</sup> So *Kaser* (Fn. 10), Bd. I, S. 576 unter Hinweis auf dasselbe Phänomen bei der *communio* und beim Familienverband.

<sup>86</sup> So ausdrücklich *Misera*, in: Festschrift für Nirk, 1992, S. 697.

<sup>87</sup> Dazu *Kaser* (Fn. 10), Bd. II, S. 412 f.

<sup>88</sup> Eingehender zu Folgendem aber bereits *Fleischer/Harzmeier* ZGR 2016, 239, 253 ff.

<sup>89</sup> Vgl. *Pothier* (Fn. 21), Rn. 135.

<sup>90</sup> Vgl. *Cass. civ.*, 1ère, 30. 1. 1980, *Rev. soc.* 1982, 110 mit Anm. *Chartier*.

In England hat sich die Gesellschafterklage nicht im Personen-, sondern im Kapitalgesellschaftsrecht herausgebildet. Nach der berühmten Regel in *Foss v Harbottle* war zur Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen ursprünglich nur die company selbst befugt, ohne dass daneben ein Klagerrecht ihrer Mitglieder bestand.<sup>91</sup> Hiervon machten die Gerichte zugunsten des Minderheitenschutzes nur sehr vereinzelte Ausnahmen<sup>92</sup>, bevor der moderne Gesetzgeber die sogenannte derivative action in ss 260-269 des Companies Act 2006 kodifizierte.<sup>93</sup> Inwieweit sich diese Regeln auf partnerships übertragen lassen, ist ungeklärt. Anders als companies haben sie keine eigene Rechtspersönlichkeit.<sup>94</sup> Zudem scheuten sich die englischen Gerichte – ähnlich wie das klassische römische Recht – traditionell, vor Auflösung der Personengesellschaft in deren Binnenverhältnisse einzugreifen.<sup>95</sup> Ganz in diesem Sinne hat eine neuere Monographie den Richterspruch in *Foss v Harbottle* auch damit erklärt, dass die betreffende company einer partnership sehr stark geähnelt habe und das Rechtsschutzbegehren des einzelnen Gesellschafters daher durch personengesellschaftsrechtliche Prinzipien überlagert gewesen sei.<sup>96</sup> Vor diesem Hintergrund wird eine Gesellschafterklage in der partnership bisher kaum diskutiert.<sup>97</sup> In den Vereinigten Staaten wusste man zwar früh um die klassische actio pro socio, weil *Story* darauf hingewiesen hatte, dass die große Zurückhaltung einheimischer Gerichte bei der Durchsetzung innergesellschaftlicher Pflichten den Wertungen des römischen Sozietätsrechts ähnele.<sup>98</sup> Das funktionale Gegenstück des US-amerikanischen Rechts zur actio pro socio, die derivative action, wurde allerdings ursprünglich im Korporationsrecht entwickelt.<sup>99</sup> Ihre Entwicklung im Personengesellschaftsrecht ist noch stark im Fluss.<sup>100</sup> Infolgedessen trifft der Revised Uniform Partnership Act bewusst keine Regelung zur derivative action.<sup>101</sup>

In der Schweiz ist die actio pro socio anerkannt, findet aber nur wenig Aufmerksamkeit.<sup>102</sup> Demgegenüber gilt sie in Österreich als „Wesenselement der modernen Personengesellschaften“<sup>103</sup>. Für die OG hatte der österreichische Obers-

te Gerichtshof dies in einer Leitentscheidung von 1978 ausführlich begründet.<sup>104</sup> Der Gesetzgeber hat die actio pro socio im Rahmen der GesbR-Reform von 2015 in § 1188 Satz 1 ABGB sogar ausdrücklich festgeschrieben: „Die Erfüllung gesellschaftsbezogener Verpflichtungen kann von jedem Gesellschafter zugunsten aller Gesellschafter gemeinsam eingefordert werden.“<sup>105</sup>

### c) Deutsche Rechtsentwicklung

Hierzulande machte sich bereits das ältere gemeine Recht *Justinians* erweitertes Verständnis der actio pro socio zu eigen.<sup>106</sup> Von den Pandektenlehrwerken des frühen 19. Jahrhunderts widmete ihr *Glück* unter der Überschrift „Klage aus dem Societätscontract“ gleich einen ganzen Abschnitt.<sup>107</sup> Man könne sie sowohl während der Gesellschaft als auch nach Beendigung derselben erheben, liest man bei ihm.<sup>108</sup> Während der Gesellschaft könne sie sich vor allem „auf einen solchen speciellen Punkt [richten], welchen die Erhaltung und Fortsetzung der Gesellschaft erfordert, z. B. auf Einlieferung der versprochenen Beyträge, oder eines für die Societät erhaltenen Gewinnes zur Gesellschaftscasse, oder auf Leistung versprochener Dienste“<sup>109</sup>. Einzelne Gegenstimmen betonten indes weiterhin den Ausnahmecharakter der Gesellschafterklage manente societate.<sup>110</sup> Insgesamt nahm die actio pro socio in der zeitgenössischen Literatur allerdings keine so prominente Rolle ein<sup>111</sup> wie andere Figuren aus dem Recht der societates.

Bei den Vorarbeiten zur deutschen Handels- und Zivilrechtskodifikation in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts war die Figur der actio pro socio präsent, ohne zu ausführlicheren Diskussionen Anlass zu geben. Sowohl in den Nürnberger Protokollen zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches von 1857<sup>112</sup> wie in den Beratungen zum Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts von 1866<sup>113</sup> wurde sie verschiedentlich erwähnt und als selbstverständlich vorausgesetzt. Hieran knüpfte die Erste Kommission zur Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs an und hielt in den Motiven zu § 705 BGB in römischrechtlicher Tradition fest: „Jeder Gesellschafter tritt für sich auf, obligirt sich jedem Mitkontrahenten und macht sich andererseits jedem Mitkontrahenten verbindlich (actio pro socio auf Leistung der Beiträge).“<sup>114</sup> Die weitere Ausformung der Gesellschafterklage blieb Rechtsprechung und Rechtslehre überlassen.<sup>115</sup>

<sup>91</sup> *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 461; dazu etwa *Gower/Davies/Wortington*, Principles of Modern Company Law, 10. Aufl. 2015, Rn. 17–5.

<sup>92</sup> Eindringlich etwa *Wallersteiner v Moir* (No 2) [1975] QB 373, 390 (*Lord Denning MR*).

<sup>93</sup> Näher *Hannigan*, Company Law, 4. Aufl. 2016, Rn. 20–8 ff.

<sup>94</sup> Vgl. s 4(1) Partnership Act.

<sup>95</sup> Vgl. *Banks* (Fn. 26), Rn. 23–16: „The courts of equity normally displayed a marked reluctance to interfere as between partners otherwise than with a view to dissolving the firm or, if it had already been dissolved, winding up its affairs.“

<sup>96</sup> So *Reisberg*, Derivative Actions and Corporate Governance, 2007, S. 173: „[The judge] was relying on partnership principles, with their connotations of mutual trust and good faith between individual business people, and presupposing mechanisms of consultation, and genuinely universal and equal suffrage among members, as a justification to suppress individual members' wishes in favour of the will of the majority.“

<sup>97</sup> Vorsichtig fragend *Morse*, Partnership and LLP Law, 8. Aufl. 2015, Rn. 3.20: „Could something similar be applied to partnerships, however [...]?“

<sup>98</sup> Vgl. *Story* (Fn. 27), § 230: „The Roman law contained doctrines, which in some measure proceeded upon similar considerations. Ordinarily the action *Pro Socio* did not lie to enforce a right to a general account between partners until after a dissolution of the partnership.“

<sup>99</sup> Ausführlich dazu *George Wasserman & Janice Wasserman Goldsten Family LLC v Kay*, 14 A.3d 1193, 1206 ff. (2011).

<sup>100</sup> So *Callison/Sullivan*, Partnership Law and Practice, 2016, § 14:09, S. 398.

<sup>101</sup> Vgl. Comment to § 410(b) RUPA: „The statutory language does not contemplate derivative claims; thus, this act neither authorizes nor precludes such claims.“

<sup>102</sup> So ausdrücklich *Hartmann*, ZSR 124 (2005), I, 397.

<sup>103</sup> *Chandibok/Ratka*, in: *Bergmann/Ratka* (Hrsg.), Handbuch Personengesellschaften, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 27.

<sup>104</sup> Vgl. OGH 8 Ob 557/77 SZ 51/16.

<sup>105</sup> Dazu und zur möglichen Ausstrahlung auf andere Rechtsformen *Fleischer/Heinrich/Pendl*, NZG 2016, 1001, 1003.

<sup>106</sup> Zusammenfassend *Coing* (Fn. 12), Bd. 1, § 90 IV, S. 467 mit dem Zusatz in Fn. 20: „Das war schon nach justinianischem Recht nicht ausgeschlossen; [...] Jetzt gilt es grundsätzlich [...]“; außerdem *Mebr* (Fn. 8), S. 30 ff.

<sup>107</sup> Vgl. *Glück* (Fn. 75), S. 445 ff.

<sup>108</sup> So *Glück* (Fn. 75), S. 445.

<sup>109</sup> *Glück* (Fn. 75), S. 446 f.

<sup>110</sup> Vgl. *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, 1857, § 111, S. 477.

<sup>111</sup> Nur kursorisch etwa *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1865, § 406 mit Fn. 1, S. 137.

<sup>112</sup> Vgl. Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Bd. 1, 1857, S. 261; Bd. 3, 1858, S. 1134 und 1138.

<sup>113</sup> Vgl. *Schubert* (Hrsg.), Protocole der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts, Bd. 4, 1984, S. 2843 und 2864.

<sup>114</sup> *Mugdan* (Fn. 30), Bd. II, 1899, S. 332.

<sup>115</sup> Eingehend zum gegenwärtigen Rechtsstand *Fleischer/Harzmeier* ZGR 2016, 239, 263 ff.

#### d) Zwischenbefund

Wie der rechtsvergleichende Rundblick zeigt, hat sich das römische Erbe der *actio pro socio* im modernen Personengesellschaftsrecht nicht überall gleichermaßen und vollständig durchgesetzt. Ein *ius commune societatis* lässt sich daher für die Gesellschafterklage nur sehr bruchstückhaft nachweisen. Wo es an einer rechtshistorischen Rückbindung fehlt, sind in jüngerer Zeit aber mancherorts Gesetzgeber (Frankreich) oder Gerichte (Vereinigte Staaten) in die Bresche gesprungen, um einzelnen Personengeschaftern einen Rechtsbehelf zur Verfügung zu stellen. Fast überall betont man heute die minderheitsschützende Dimension einer Gesellschafterklage. Ihre dogmatische Fundierung und ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen variieren, auch wenn sich in verschiedener Hinsicht konvergierende Entwicklungslinien abzeichnen.

### 4. Arbeitsgesellschafter

#### a) Römisch-rechtlicher Ausgangspunkt

Nach römischem Recht waren auch Gesellschaften anzuerkennen, bei denen ein *socius* kein Kapital (*pecunia*), sondern ausschließlich seine Arbeitskraft (*opera*) einbringt.<sup>116</sup> Die beträchtliche Verbreitung von „gemischten Gesellschaften aus Kapital- und Arbeitseinlagen“<sup>117</sup> führte in der späten Republik zur großen Streitfrage nach der Zulässigkeit unterschiedlich hoher Gewinn- und Verlustbeteiligungen.<sup>118</sup> Ursprünglich war man von gleichen *partes* ausgegangen<sup>119</sup>, ließ aber schon in klassischer Zeit abweichende vertragliche Vereinbarungen zu.<sup>120</sup> Einen weiteren Angelpunkt für das Verhältnis von Kapital und Arbeit bildete die Art und Weise der Schlussabrechnung: Nach dem Ende der Gesellschaft erhielt ursprünglich nur der Kapitaleinbringer seine Einlage zurück, während der Arbeitsgesellschafter leer ausging, weil seine Arbeitsleistung nicht in natura restituierbar ist.<sup>121</sup> Dies hatte für den Arbeitsgesellschafter bei gleicher Gewinn- und Verlustbeteiligung die missliche Folge, dass er im Verlustfall nicht nur seine Dienste umsonst geleistet hatte, sondern auch noch den Verlustbetrag des Kapitaleinlegers anteilig mittragen musste.<sup>122</sup> Vermeiden ließ sich dies nur durch einen Abrechnungsmodus, bei dem die Werte von Kapital und Arbeit zusammengerechnet und der Schlussaldo anteilig verteilt wurde.<sup>123</sup>

Die gemeinrechtliche Doktrin widmete sich vor allem dem gesellschaftsrechtlichen Gewinn- und Verlustverteilungsschlüssel.<sup>124</sup> Als dispositive Grundregel befürworteten verschiedene Stimmen unter Hinweis auf *Ulpian* eine „arithmetische“ Verteilung nach Kopfteilen, weil die *societas* ein brüderliches Rechtsverhältnis darstelle<sup>125</sup> und alle Brüder

gleichberechtigt seien.<sup>126</sup> In der *glossa ordinaria* wurde dies allerdings nur noch für eine Gesellschaft zwischen Kapital- und Arbeitsgesellschafter anerkannt.<sup>127</sup> Die Mehrheit der gemeinrechtlichen Juristen verwarf auch diese Differenzierung und sprach sich für eine „geometrische“ Verteilung im Verhältnis der geleisteten Beiträge aus. Dies ergebe sich nicht nur aus überlieferten Stellungnahmen von *Pomponius*<sup>128</sup> und *Proculus*<sup>129</sup>, sondern auch aus der Natur des Vertrages und der Billigkeit.<sup>130</sup> Der zweite zentrale Streitpunkt im Zusammenhang mit dem Arbeitsgesellschafter betraf die Zuordnung des eingelegten Vermögens. Sie entschied über die Gefahrtragung und dessen Zugehörigkeit zur Teilungsmasse.<sup>131</sup> Für den Fall, dass jeder Gesellschafter eine Kapitaleinlage beisteuerte, setzte sich in der gemeinrechtlichen Lehre die Vermutung einer Einbringung ins Miteigentum der Gesellschafter durch. Damit teilten sich alle kapitaleinbringenden Gesellschafter die Gefahr und bei der Auseinandersetzung auch quotenmäßig das eingelegte Kapital.<sup>132</sup> Die *glossa ordinaria* befürwortete dies auch in der *societas pecunia-opera*, weil der Wert der Arbeit jenem des Kapitals gleich stehe.<sup>133</sup> Später differenzierte *Hugo Grotius* danach, ob die Arbeitsleistung eher dem Substanzwert (Einbringung *quoad dominium*) oder dem Nutzungswert (Einbringung *quoad usum*) des Kapitals entspreche.<sup>134</sup> Im Zweifel nahmen die gemeinrechtlichen Juristen letzteres an, so dass ein kapitalgebender Gesellschafter seine Einlage nach Auflösung der Gesellschaft vorab zurückerhielt.<sup>135</sup>

#### b) Rechtsvergleichendes Panorama

International stehen sich hinsichtlich der Gewinnverteilung zwei konkurrierende Lager gegenüber.<sup>136</sup> Nach Köpfen verteilen den Gewinn beim Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung England, § 24(1) Partnership Act 1890, und die Vereinigten Staaten, § 401(a) RUPA, bei der einfachen Gesellschaft, nicht aber bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft auch die Schweiz, Art. 533 Abs. 1 OR. Dagegen zieht das französische Gesellschaftsrecht in Art. 1844–1 C.c. das Maß der Kapitalbeteiligung als Verteilungsschlüssel heran. Von dort verbreitete sich die kapitalbezogene Teilungsregelung nach Italien und Spanien sowie in die Niederlande. In Österreich galt sie seit jeher für die GesBR, § 1195 ABGB, und seit der Handelsrechtsreform von 2005 auch für OG und KG, § 121 UGB. Probleme bereitet sie in allen genannten Rechtsordnungen bei der Beteiligung eines Arbeitsgesellschafters, weil diesem ohne anderslautende Vereinbarung kein Kapitalanteil zukommt. Um dem Rechnung zu tragen, bestimmt der Code civil seit 1804, dass sich der Anteil des Arbeitsgesellschafters im Zweifel nach dem geringsten Kapitalanteil richtet, heute Art. 1844–1 C.c. Ebenso verfahren das niederländische Burgerlijk Wetboek sowie der spanische Código civil und der Código de comercio. Dagegen hatte Italien das französische Erbe schon mit Einführung des Codice civile von 1942 abgestreift. Dort wird der Gewinnanteil des Arbeitsgesellschafters bei allen Personengesell-

<sup>116</sup> Vgl. *Kaser/Knützel/Lohsse* (Fn. 1), § 43 Rn. 8; *Wieacker* (Fn. 4), S. 251 ff., S. 261 ff.; monographisch *Santucci*, *Il socio d'opera in diritto romano*, 1997.

<sup>117</sup> *Kaser*, SDHI 41 (1975), 278, 313.

<sup>118</sup> Eingehend dazu *Bona*, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, 1973, S. 26 ff.; *Kaser* SDHI 41 (1975), 278, 312 ff.; *Meincke*, in: *Festschrift für Maier-Reimer*, 2010, S. 443, 449 ff.; *Meissel* (Fn. 7), S. 63 ff.

<sup>119</sup> *Ulpian* D. 17, 2, 29 pr.

<sup>120</sup> Zusammenfassend *Kaser/Knützel/Lohsse* (Fn. 1), § 43 Rn. 8; *Lepsius*, in: *HKK-BGB* (Fn. 13), §§ 705–740 Rn. 178.

<sup>121</sup> Vgl. *Kaser* SDHI 41 (1975), 278, 315.

<sup>122</sup> Für ein illustrierendes Zahlenbeispiel *Meissel* ZRG-RA 117 (2000), 554, 557.

<sup>123</sup> Dazu *Kaser*, SDHI 41 (1975), 278, 315 mit einer Beispielsrechnung in Fn. 147; ferner *Wieacker* (Fn. 4), S. 261 ff.; eingehend zu den unterschiedlichen Modi der Gewinn- und Verlustermittlung *Santucci* (Fn. 116), S. 46 ff.

<sup>124</sup> Eingehende Darstellung des Meinungsstandes bei *Glück* (Fn. 75), 15. Buch, 1814, S. 404 ff.; rückblickend *Mebr* (Fn. 8), S. 40 ff.

<sup>125</sup> Vgl. D. 17, 2, 63 pr.

<sup>126</sup> Vgl. *Pothier* (Fn. 21), Rn. 73 f.

<sup>127</sup> Dazu *Mebr* (Fn. 8), S. 38.

<sup>128</sup> D. 17, 2, 6.

<sup>129</sup> D. 17, 2, 76; D. 17, 2, 78; D. 17, 2, 80.

<sup>130</sup> Vgl. *Glück* (Fn. 75), 15. Buch, S. 409 ff. m. w. N.

<sup>131</sup> Näher dazu *Mebr* (Fn. 8), S. 40 ff., 195 ff. m. w. N.

<sup>132</sup> Ausführlich dazu *Beinart*, 1961 *Acta Juridica* 118, 127 ff. m. w. N.

<sup>133</sup> Dazu *Mebr* (Fn. 8), S. 41.

<sup>134</sup> Vgl. *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, 1625, Liber 2, Caput XII, XXIV 1.

<sup>135</sup> Eingehend *Glück* (Fn. 75), 15. Buch, S. 398 ff.

<sup>136</sup> Ausführlicher zu Folgendem bereits *Fleischer/Pendl* WM 2017, 881, 885 ff.



schaften seither vom Gericht nach Billigkeit festgesetzt, Art. 2263 Abs. 2 Cod. civ. Ähnliches gilt in Österreich, wo dem reinen Arbeitsgesellschafter vorweg ein den Umständen nach angemessener Betrag des Jahresgewinns zuzuweisen ist, § 1195 Abs. 4 ABGB und § 121 Abs. 3 UGB. Erst der diesen Betrag übersteigende Teil des Jahresgewinns wird sodann den übrigen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Kapitalbeteiligung zugewiesen.

Hinsichtlich der Frage, wie mit dem Gesellschaftsvermögen in der Liquidation zu verfahren ist, dominiert international eine kapitalbezogene Sichtweise. In der Schweiz werden den Inferenten Einlagen zu Eigentum gemäß Art. 548 Abs. 2 OR dem Werte nach ersetzt. Persönliche Arbeitsleistungen bilden demgegenüber keine rückzahlbaren Einlagen.<sup>137</sup> Dieselben dispositiven Grundsätze finden sich in Frankreich<sup>138</sup>, Spanien<sup>139</sup>, den Niederlanden<sup>140</sup> und den Vereinigten Staaten<sup>141</sup>. In Österreich bestimmen § 155 UGB und § 1216e ABGB, dass das Restvermögen im Verhältnis der festen Kapitalanteile der Gesellschafter unter Berücksichtigung ihrer Guthaben und Verbindlichkeiten zu verteilen ist. Der reine Arbeitsgesellschafter ohne Kapitalanteil wird daher lediglich an einem die Einlagen übersteigenden Überschuss angemessen beteiligt.

### c) Deutsche Rechtsentwicklung

Hierzulande kann der Beitrag eines Personengesellschafters gemäß § 706 Abs. 3 BGB auch in der Leistung von Diensten bestehen. Wegen der fehlenden Einlagefähigkeit von Dienstleistungsversprechen ist der Arbeitsgesellschafter jedoch grundsätzlich ein sogenannter Gesellschafter ohne Kapitalanteil.<sup>142</sup> Der Gesellschaftsvertrag kann aber vorsehen, dass ihm gleich zu Beginn für versprochene Dienste ein bestimmtes Entgelt als Einlage auf dem Kapitalkonto gutgeschrieben wird. Hinsichtlich des Gewinns gibt § 722 Abs. 1 BGB für die GbR eine Aufteilung nach Köpfen vor, behandelt kapitalgebende und arbeitende Gesellschafter also gleich. Für die OHG sieht § 121 Abs. 3 HGB eine Verteilung des Jahresgewinns nach Köpfen vor. Vorab gebührt allerdings jedem Gesellschafter gemäß § 121 Abs. 1 HGB ein Anteil am Jahresgewinn in Höhe von 4 % seines Kapitalanteils. Arbeitsgesellschafter ohne Kapitalanteil werden dadurch wie schon im ADHGB bewusst schlechter gestellt.<sup>143</sup> Der HGB-Gesetzgeber von 1897 entschärfte die vorherige Regelung aber zum Teil, indem er die ergebnisunabhängige Vorwegverzinsung von 4 % in eine Vordividende umwandelte, die entfällt, wenn und soweit kein Jahresgewinn erwirtschaftet wurde.<sup>144</sup>

<sup>137</sup> Vgl. *Staelin*, in: Basler Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 548/49 OR Rn. 11.

<sup>138</sup> Vgl. *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés, 6. Aufl. 2015, Rn. 234: „Aucune restitution d'apport n'est possible à la liquidation.“

<sup>139</sup> Art. 1708 cc.

<sup>140</sup> Vgl. *Asser/Maeijer*, Bijzondere Overeenkomsten, Deel V, 1995 S. 386 ff. und 464.

<sup>141</sup> § 806(b) RUPA.

<sup>142</sup> Allgemein dazu *BGH WM* 1987, 689; *WM* 2015, 380 Rn. 8; *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil, 1970, S. 289 ff.

<sup>143</sup> Vgl. Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches bei *Schubert/Schmiedel/Krampe* (Hrsg.), Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II, 1987, S. 1022: „Der Grundsatz des § 722 B.G.B., daß der ganze Gewinn im Zweifel nach Köpfen unter die Gesellschafter zu verteilen ist, kann allerdings bei der offenen Handelsgesellschaft keine Anwendung finden. Der den Vorschriften des H.G.B. zu Grunde liegende Gedanke ist vielmehr insofern zweifellos zutreffend, als der Verschiedenheit der Kapitalbeteiligung ein angemessener Einfluß bei der Gewinnverteilung einzuräumen ist.“

<sup>144</sup> Dazu *A. Hueck* (Fn. 29), § 17 II 2, S. 245 mit der Schlussbemerkung: „Immerhin bedeutet auch die heutige Regelung noch eine Bevorzugung der Kapitaleinlage gegenüber der Arbeitsleistung, während bei den Kapital-

Im Gegenzug wurden Arbeitsgesellschafter insoweit zurückgesetzt, als ihnen das Entnahmerecht des § 122 Abs. 1 HGB in Höhe von 4 % des letzten Kapitalanteils nicht zusteht.

Bei der Auseinsetzung werden kapitalgebende und arbeitende Gesellschafter unterschiedlich behandelt: Ersteren sind nach § 733 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB die Einlagen aus dem Gesellschaftsvermögen zum Einbringungswert zu erstatten; Letztere können dagegen für geleistete Dienste gemäß § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB keinen Ersatz verlangen. Dasselbe ergibt sich aus § 155 Abs. 1 HGB, der auf das Verhältnis der Kapitalanteile in der Schlussbilanz abstellt. Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre beruht § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB auf dem Gedanken, dass sich der Einsatz der physischen und geistigen Arbeitskraft des Gesellschafters im Gesellschaftsvermögen regelmäßig nicht als ein fest messbarer, messbarer Vermögenswert niederschlägt oder zumindest die nachträgliche Bewertung der vermögensmäßigen Auswirkung solcher Individualleistungen bei der Auseinsetzung auf kaum überwindbare Schwierigkeiten stoßen würde.<sup>145</sup> Qualitativ oder quantitativ unterschiedliche Dienste der Gesellschafter könnten angemessener bei der Vereinbarung des Gewinnverteilungsschlüssels oder der Geschäftsführervergütung berücksichtigt werden, wenn die Gesellschafter das für erforderlich hielten.<sup>146</sup> Dessen ungeachtet sprechen die Gerichte dienstleistenden Gesellschaftern bei der Schlussabrechnung nicht selten einen Wertausgleich zu und leiten dies teils aus einer stillschweigenden Vereinbarung (Einbuchung eines Wertes bei Gründung der Gesellschaft auf dem Kapitalkonto), teils aus den sonstigen Umständen (Art und Umfang der Leistung, Üblichkeit der Vergütung) ab.<sup>147</sup>

### d) Zwischenbefund

Im zeitlichen Längsschnitt hat sich die hergebrachte „brüderliche“ Gewinnverteilung nach Köpfen jedenfalls bei den erwerbswirtschaftlichen Personengesellschaften als dispositive Grundregel nicht behaupten können. Es dominiert heute weithin eine kapitalbezogene Sichtweise. Konvergierende Entwicklungslinien zeigen sich auch hinsichtlich der Behandlung von Dienstleistungen in der Liquidation; deren wertmäßige Rückerstattung wird heute ganz überwiegend verneint. Im Übrigen fehlt es hierzulande für die besondere Situation eines arbeitenden Mitgesellschafters an Problembewusstsein. Dies zeigt sich schon daran, dass sich für ihn kein prägnanter Begriff herausgebildet hat, während anderwärts griffig von einem sogenannten Arbeitsgesellschafter (*socio d'opera*, *socio industrial*, *service partner*) die Rede ist.<sup>148</sup>

## 5. Pro-rata- versus In-solidum-Haftung

### a) Römisch-rechtlicher Ausgangspunkt

Da die *societas* im Rechtsverkehr als solche nicht in Erscheinung trat, haftete den Gläubigern nur der im eigenen Namen kontrahierende Gesellschafter.<sup>149</sup> Eine Verpflichtungswir-

gesellschaften gerade umgekehrt die Entlohnung des Vorstandes für die Geschäftsführung den Vorrang vor der Kapitaldividende hat.“

<sup>145</sup> So ausdrücklich *BGH NJW* 1980, 744; zustimmend *Schäfer*, in: MünchKommBGB (Fn. 36), § 733 Rn. 17.

<sup>146</sup> In diesem Sinne *BGH NJW* 1980, 744 f.

<sup>147</sup> So die zusammenfassende Würdigung bei *Hadding/Kießling*, in: *Soergel* (Fn. 36), § 733 Rn. 14; ähnlich *Schäfer*, in: MünchKommBGB (Fn. 36), § 733 Rn. 17.

<sup>148</sup> Näher *Fleischer/Pendl WM* 2017, 881.

<sup>149</sup> Vgl. nur *Meissel*, in: *Kalss/Meissel* (Fn. 3), S. 13, 16 mit dem zusätzlichen Hinweis: „Intern fand dann freilich eine Verrechnung bzw. allenfalls auch eine Vergemeinschaftung statt.“ Eingehend zur Haftung der *socii* gegenüber dritten Personen auch *Fleckner* (Fn. 9), S. 299 ff.



kung seiner Mitgesellschafter ließ sich ausnahmsweise über die sogenannte Institor-Haftung begründen, wonach ein Unternehmer aus den Geschäftsschulden in solidum verklagt werden konnte, die sein Angestellter als Leiter eines Ladengeschäfts oder eines Handels- oder Gewerbebetriebes abgeschlossen hatte.<sup>150</sup> Nur in bestimmten Branchen traten alle Gesellschafter nach außen gemeinsam auf, etwa beim Sklavenhandel oder in der Schifffahrt. Dann hafteten sie grundsätzlich nur pro rata, weil das römische Recht im Anschluss an eine prominente Digestenstelle<sup>151</sup> bei gemeinsamem Vertragsschluss prinzipiell eine anteilige Haftung vorsah.<sup>152</sup> Anderes galt lediglich für Gesellschafter, die ein Bankgeschäft betrieben (*argentarii socii*): Sie konnten kraft Gewohnheitsrechts gesamtschuldnerisch in Anspruch genommen werden.<sup>153</sup>

### b) Rechtsvergleichendes Panorama

International hat sich eine anteilige Haftung nur bei einzelnen Parallelformen der BGB-Gesellschaft behauptet<sup>154</sup>: In Frankreich haften die Gesellschafter einer *société civile* nach Art. 1857 Abs. 1 C.c. in römisch-gemeinrechtlicher Tradition nur als Teilschuldner. Ihr Haftungsanteil bemisst sich seit 1978 nicht mehr nach Köpfen, sondern nach Gesellschaftsanteilen. Gleiches gilt nach französischem Muster für die spanische *sociedad civil* gemäß Art. 1698 Código civil, wobei streitig ist, ob die Gesellschafter nach Köpfen oder Kapitalanteilen haften.<sup>155</sup>

Bei den Personenhandelsgesellschaften hat die solidarische Haftung ausnahmslos den Sieg davongetragen: Für die *compagnia*, die italienische Frühform der oHG, war sie in den Wirtschaftszentren Oberitaliens als Gewohnheits- oder Statutarrecht schon im 13. Jahrhundert weithin anerkannt.<sup>156</sup> Ihre theoretische Konzeption bereitete den gelehrten Juristen allerdings beträchtliches Kopfzerbrechen. Das nach wissenschaftlichem Recht urteilende Kollegialgericht der Rota Florentina suchte der hergebrachten Teilschuldvermutung zu entkommen, indem es den vertragsschließenden Gesellschafter als präsumtiven Vertreter seiner Mitgesellschafter ansah.<sup>157</sup> *Baldus* behandelte die Gesellschafter als gegenseitige Bürgen, *Petrus de Ubaldis* knüpfte an die solidarische Mithaftung der *argentarii socii* im alten Rom an.<sup>158</sup> Durchgesetzt hat sich schließlich die auf *Bartolus* zurückgehende Konzeption, den Vertragsschließenden als institor der Mitgesellschafter anzusehen.<sup>159</sup>

In Frankreich entsprang die gesamtschuldnerische Haftung der oHG-Gesellschafter ebenfalls „moins de Droit que de Coutume“<sup>160</sup>. Sie hatte sich allmählich im Handelsverkehr herausgebildet<sup>161</sup> und wurde 1673 durch die *Ordonnance sur*

le commerce erstmals rechtssatzförmig festgeschrieben. *Pothier* strich ihren Ausnahmecharakter gegenüber der anteiligen Haftung nach bürgerlichem Recht heraus und begründete sie mit ihrem Zweck, die Kreditbasis der Gesellschaft zu stärken.<sup>162</sup> Zudem betonte er, dass mehrere Gesellschafter einer Handelsgesellschaft im *Droit Français* entgegen D. 14,1,4 pr. so zu betrachten seien, als hätten sie sich gegenseitig zu *institores* eingesetzt.<sup>163</sup> Der Code de commerce von 1807 hielt an der gesamtschuldnerischen Haftung der OHG-Gesellschafter in Art. 22 fest. Sie steht heute in Art. L. 222–1 C. com. und gilt auch in Italien (Art. 2291 Cod. civ.) und Spanien (Art. 127 Cód. com.). Eine Solidarhaftung ist schließlich auch für die Gesellschafter einer englischen (s 9 Partnership Act) und US-amerikanischen (§ 306(c) RUPA) partnership vorgesehen.

### c) Deutsche Rechtsentwicklung

Hierzulande haften Gesellschafter einer BGB-Außengesellschaft heute analog § 128 BGB als Gesamtschuldner.<sup>164</sup> Für die OHG entsprach die solidarische Gesellschafterhaftung bereits der Handelsrechtspraxis des 15. und 16. Jahrhunderts.<sup>165</sup> Erstmals ausführlich geregelt wurde sie durch die Nürnberger Reformation von 1479.<sup>166</sup> Demgegenüber sah das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 eine differenzierte Regelung vor: Für vertragliche Verbindlichkeiten hafteten die Gesellschafter solidarisch, für gesetzliche pro rata, ALR I 17 § 301. Im 19. Jahrhundert zeigte sich die Lehre zum gemeinen Recht gespalten: Manche unterschieden in romanistischer Tradition danach, ob die Gesellschafter zusammen (Teilschulden) oder durch einen Vertreter (Gesamtschulden nach den Regeln der institor-Haftung) kontrahiert hatten<sup>167</sup>; andere begriffen die gewohnheitsrechtlich anerkannte Solidarhaftung als Sonderrecht für Handelsgesellschaften<sup>168</sup>. Das ADHGB von 1861 bekannte sich dann in seinem Art. 112 ausdrücklich und ohne Ausnahme zur Solidarhaftung. Eine Begründung hierfür ist in den Nürnberger Protokollen nicht enthalten, wohl aber in den Motiven zum preußischen Entwurf von 1857:

„Die solidarische Haft der einzelnen Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist so sehr im Wesen der offenen Gesellschaft begründet, daß es eine unzulässige Klausel sein würde, wenn einzelne Gesellschafter sie für sich vertragsmäßig ausschließen wollten.“<sup>169</sup>

In der zeitgenössischen Handelsrechtsliteratur erblickte man in der solidarischen Haftung ein „selbstständiges Erzeugnis des kaufmännischen Gewohnheitsrechtes“<sup>170</sup>, das zur Kreditstärkung der Handelsgesellschaften beitrage.<sup>171</sup> Hinsichtlich des dogmatischen Fundaments der Solidarhaf-

<sup>150</sup> Dazu *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 1), § 50 Rn. 13.

<sup>151</sup> D. 14, 1, 4 pr.

<sup>152</sup> Eingehend zur Teilschuldvermutung und ihren historischen Grundlagen *S. Meier*, *Gesamtschulden*, 2010, S. 12 ff.

<sup>153</sup> Vgl. *Fleckner* (Fn. 9), S. 312 m. w. N.

<sup>154</sup> Ausführlicher aus komparativer Sicht *Fleischer* in einer 2019 erscheinenden Festschrift.

<sup>155</sup> Vgl. *Perdices Huetos*, in: *Bercovitz Rodríguez-Cano* (Fn. 58), Art. 1698 Anm. 5.2.

<sup>156</sup> Vgl. *Lastig* ZHR 24 (1879), 387, 431 ff.

<sup>157</sup> Vgl. *M. Weber*, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*, 1889, S. 153 m. w. N.

<sup>158</sup> Näher *M. Weber* (Fn. 157), S. 154 m. w. N.

<sup>159</sup> Eingehend dazu und zu weiteren Haftungstatbeständen der gelehrten Jurisprudenz *Mehr* (Fn. 8), S. 195 ff. m. w. N.

<sup>160</sup> *Toubeau*, *Les Institutes du droit consulaire*, 1700, t. II, liv. II, tit. II, chap. II, S. 95: „Quoyque quelques uns ayent dit que cette Maxime soit moins de Droit que de Coutume [...]“

<sup>161</sup> Dazu *Freméry*, *Études de droit commercial*, 1839, S. 21 ff., der in der solidarischen Haftung der Gesellschafter sogar ein allgemeines europäisches

Gewohnheitsrecht erblickte; rückblickend *Lévy-Brühl*, *Histoire juridique des Sociétés de Commerce en France aux XVII et XVIII Siècles*, 1938, S. 141 f.: „une création spontanée des usages de commerce, du *jus mercatorum*“.

<sup>162</sup> Vgl. *Pothier* (Fn. 21), Rn. 96.

<sup>163</sup> Vgl. *Pothier* (Fn. 21), Rn. 96.

<sup>164</sup> Vgl. *BGHZ* 146, 341 = JZ 2001, 655 mit Anm. *Wiedemann*.

<sup>165</sup> Vgl. *Lutz*, *Die rechtliche Struktur süddeutscher Handelsgesellschaften in der Zeit der Fugger*, 1976, Bd. I, S. 460 ff.; *Thomas*, *Die persönliche Haftung von Gesellschaftern von Personengesellschaften in der historischen Entwicklung der Neuzeit*, 2003, S. 25 ff.

<sup>166</sup> Nürnberger Reformation, Tit. 30, § 6.

<sup>167</sup> Vgl. etwa *Glück* (Fn. 75), 15. Buch, S. 462 ff. m. w. N.

<sup>168</sup> Vgl. etwa *Gensel* ArchPrRW nF 1 (1864), 177, 206 ff.; *Lastig* ZHR 24 (1879), 387, 431 ff.

<sup>169</sup> Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten, Nebst Motiven, Zweiter Teil: Motive, 1857, S. 48.

<sup>170</sup> *Anschütz/v. Völderndorff*, *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche*, Bd. 2, 1870, Art. 112 Anm. 1, S. 241.

<sup>171</sup> *Heise*, *Heise's Handelsrecht*, 1858, S. 56.

tung konkurrierten zwei Meinungen: Von romanistischer Seite, auch von *Savigny*<sup>172</sup>, wurde sie als eine Form der Institorienhaftung angesehen<sup>173</sup>, von deutschrechtlicher Seite als unmittelbare Folge der Mitgliedschaft in einem gemeinsamen Handels- oder Gewerbebetrieb<sup>174</sup>.

#### d) Zwischenbefund

Die Herausbildung der gesamtschuldnerischen Gesellschaftshaftung lässt den enormen Einfluss der Marktkräfte erahnen: Sie entsprach ungeachtet einer gegenteiligen Rechtstradition den Bedürfnissen der spätmittelalterlichen Verkehrswirtschaft. Das zeitgenössische Gewohnheits- und Statutarrecht hatte dem früh durch eigene Haftungstatbestände Rechnung getragen. Dagegen konnte die gemeinrechtliche Lehre mit dieser Entwicklung nur mühsam Schritt halten, weil sie „noch lange ängstlich am römischen Recht klebte“<sup>175</sup>. Ihre Versuche, die Solidarhaftung als moderne Version der Institor-Haftung zu rationalisieren, verloren mit der zunehmenden Verselbständigung des Handelsrechts an Überzeugungskraft.

### III. Schluss

Das römische Recht, so hat *Goethe* im Gespräch mit *Eckermann* einmal bemerkt, gleiche einer untertauchenden Ente, die sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht und immer einmal wieder hervortritt.<sup>176</sup> Dieses Bild passt auch für die *societas*: Wer das heutige Personengesellschaftsrecht studiert, wird seiner historischen Wurzeln zunächst kaum gewahr, bevor er unvermittelt an der ein oder anderen Stelle auf einen lateinischen Fachbegriff stößt.<sup>177</sup>

Vorsichtiger fällt ein Urteil über die Qualität der römisch-rechtlichen Regeln aus. In anderen Rechtsgebieten galten und gelten sie häufig als *ratio scripta*, als Modell eines vernünftigen, das heißt der menschlichen Vernunft gemäßen Rechts.<sup>178</sup> Dem Sozietätsrecht stellten führende Romanisten indes schon früh kein günstiges Zeugnis aus<sup>179</sup>: *Ernst Rabel* beklagte dessen Lückenhaftigkeit<sup>180</sup>, *Fritz Schulz* sprach im Vergleich zu modernen Organisationsformen von einer „interesting but archaic institution“<sup>181</sup> und *Franz Wieacker* monierte, dass die ungenügende Ausgestaltung eines gesamthänderischen Vermögens und der Außenwirkungen im römischen Gesellschaftsvertrag die Ausbildung der modernen Personalgesellschaften sehr beeinträchtigt habe<sup>182</sup>. Wo es Re-

geln gab, scheinen sie aus heutiger Sicht nicht (mehr) durchweg überzeugend: Wie gerade dargelegt, geraten die *societas leonina* und die *diligentia quam in suis* vielerorts ebenso unter Rechtfertigungsdruck wie die *actio pro socio* in ihrer ursprünglichen Konzeption als Abrechnungsklage und die pro-rata-Haftung. Allerdings darf man bei alledem nicht aus dem Auge verlieren, dass die genannten Denkfiguren damals auf einen ganz bestimmten Typus von Gesellschaft zugeschnitten waren: die *societas* als eine reine Innengesellschaft, die zumeist aus nicht mehr als zwei Teilhabern bestand<sup>183</sup> und regelmäßig zwischen Familienangehörigen<sup>184</sup> oder engen Freunden geschlossen wurde. Gemessen an diesem Leitbild wird man die rechtspolitische Vernunft mancher Einzelregel günstiger einschätzen als in dem professionalisierten Umfeld unserer Tage.

Im zeitlichen Längsschnitt zeigt sich außerdem, wie der Wandel der wirtschaftlichen Verhältnisse auch eine Fortentwicklung der antiken Regeln forcierte: Märkte machen Recht!<sup>185</sup> Die instabile Innengesellschaft des klassischen römischen Rechts gewann im nachklassischen und gemeinen Recht allmählich an Stabilität, indem man ihren Mitgliedern auch eine Gesellschafterklage *manente societate* gestattete und damit zugleich den Binnenrechtsschutz erheblich verbesserte. Die veränderten Verkehrsbedürfnisse waren ein wesentlich Treiber beim Übergang von der pro-rata- zur insolitum-Haftung: Kreditgeber und andere Gläubiger erwarteten angesichts ihrer unsicheren Rechtsdurchsetzungs- und Vollstreckungsaussichten schlicht ein möglichst gläubigerfreundliches Haftungsregime. Dies lehrte historisch nicht zuletzt der erfolglose Versuch Sienas im Jahre 1310, die Solidarhaftung durch eine anteilige Haftung zu ersetzen, was zu einem dramatischen Bedeutungsverlust der Stadt als Handelszentrum führte.<sup>186</sup> In jüngerer Zeit führte ein Professionalisierungsschub dazu, dass die *diligentia quam in suis* als Sorgfaltsmaßstab jedenfalls bei erwerbswirtschaftlichen Personengesellschaften zusehends fragwürdig erscheint. Auf solche Gesellschaften passt auch die hergebrachte Gewinnverteilung nach Köpfen nicht mehr, die noch dem *Ius-fraternitatis-Denken*<sup>187</sup> der Römer entsprang.

Augenfällig ist ferner ein Zug zu mehr Gestaltungsfreiheit<sup>188</sup>, paradigmatisch eingefangen in der allmählichen Auflockerung des starren Verbots der *societas leonina*. Er geht einher mit einer Zurückdrängung von Argumenten aus dem Wesen der Personengesellschaft (*natura societatis*), die Eigenwertungen kaschieren und als „Kryptoargument“<sup>189</sup> methodisch schon länger in Verruf geraten sind. Freilich gelingt dies dort umso einfacher, wo das Wesensargument nicht in Gesetzesform gegossen wurde: Die fehlende Kodifizierung des Verbots der *societas leonina*<sup>190</sup> erleichterte es hierzulande

<sup>172</sup> *Savigny*, Obligationenrecht, Bd. I, 1851, § 27, S. 287: „Dahin gehören zuerst die eigentlichen Handelsgesellschaften, worin jedoch keine neuen, dem Römischen Recht fremden, Rechtsregeln vorkommen. Jedes Mitglied der Gesellschaft ist in der Regel zugleich Institor, und verpflichtet durch seine Handlungen die übrigen solidarisch, wobei also das Römische Recht zur Anwendung kommt.“

<sup>173</sup> Vgl. etwa *Kunze* ZHR 6 (1863), 177, 216 f.

<sup>174</sup> Vgl. etwa *Lastig* ZHR 24 (1879), 387, 437: „Die der Familiengesellschaft entspringende Gesamthaft traf den einzelnen Genossen für jede Handlung irgend eines der anderen Mitglieder [...]“; ferner *Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3, 1881, § 14 VI, S. 818 f. mit Fn. 194.

<sup>175</sup> *Gensel* ArchPrRW nF 1 (1864), 177, 198 f.

<sup>176</sup> *Eckermann*, Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens, 1836, Kap. 123, Montag, den 6. April 1829.

<sup>177</sup> Vgl. *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 5 Rn. 4 (*societas leonina*), § 7 Rn. 5 (*diligentia quam in suis*), § 7 Rn. 6 f. (*actio pro socio*).

<sup>178</sup> Vgl. etwa *Zimmermann*, in: *Fagnoli/Rebenich* (Fn. 2), S. 47, 71.

<sup>179</sup> Für eine umfassende Zusammenstellung kritischer Stimmen *Fleckner* (Fn. 9), S. 610 ff., der diese Einschätzung selbst allerdings nicht zur Gänze teilt.

<sup>180</sup> *Rabel*, Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Aufl. 1955, S. 112.

<sup>181</sup> *Schulz* (Fn. 10), S. 553.

<sup>182</sup> *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 150.

<sup>183</sup> Vgl. *Fleckner* (Fn. 9), S. 135 ff.; *Wieacker* ZRG RA 69 (1952), 302, 329 f.

<sup>184</sup> Vgl. insbesondere zur *societas omnium bonorum* etwa *Meissel* (Fn. 7), S. 13, 17: „Solche Gesellschaftsverträge wurden typischerweise unter Brüdern abgeschlossen, die auf diese Weise das gemeinsame Erbe des Vaters fortführten.“

<sup>185</sup> Dazu in ganz anderem Zusammenhang *Ebke*, in: Festschrift für Lutter, 2000, S. 17.

<sup>186</sup> Dazu *English*, Enterprise and Liability in Sienese Banking, 1230–1350, 1988, S. 59 ff. (zu frühen Vorstößen der notleidenden *Bon-signori*-Bank), S. 96; *Sapori*, Studi di Storia economica, 1955, S. 804 f.

<sup>187</sup> Ulp. D. 17, 2, 63 pr. i. f.

<sup>188</sup> Vgl. *Fleischer*, in: Festschrift für Köndgen, 2016, S. 201, 211 f.; früher schon *Flume* (Fn. 29), § 3 V, S. 49: „Ferner besteht im Unterschied zum römischen Recht für die inhaltliche Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses Vertragsfreiheit.“

<sup>189</sup> Allgemein dazu *Scheuerle* AcP 163 (1963), 429 ff.

<sup>190</sup> Vgl. oben Fn. 30.

späteren Juristengenerationen, sich von dem entgegenstehenden Willen des historischen Gesetzgebers zu lösen und den dogmatischen Ordnungsbegriff des gemeinsamen Zwecks i. S. des § 705 BGB mit neuem Inhalt zu füllen.

Was schließlich die Frage nach einem *ius commune societatis* anbelangt, so dürfte dessen Kernbestand schmäler ausfallen als in anderen Rechtsgebieten. Dies hängt auch damit zusammen, dass die römischen Quellen nicht selten verschiedene Lösungen anboten, etwa beim Sorgfaltsmaßstab, der Gesellschafterklage oder den Haftungsmodalitäten, die allfällige Anpassungen im Laufe der Zeit begünstigten. Ein einendes Band bildet allerorten jedoch die tiefe Prägung des

Personengesellschaftsrechts durch die *bona fides*<sup>191</sup> – jenes auch „im modernen Gesellschaftsrecht viel berufene besondere Treueverhältnis der Gesellschafter“<sup>192</sup>, das in Gestalt der mitgliedschaftlichen Treuepflicht unverändert das beherrschende Grundprinzip des Personengesellschaftsrechts darstellt.<sup>193</sup>

191 Vgl. *Meissel* (Fn. 7), S. 70 mit Fn. 28; *Zimmermann* (Fn. 10), S. 454.

192 *Honsell* (Fn. 10), S. 147.

193 Vgl. zuletzt *Fleischer* *GesRZ* 2017, 362 ff. m. w. N.

Professor Dr. Markus Ogorek, LL.M. (Berkeley)\*

## Gefahrenvorfeldbefugnisse

### Überlegungen zur Struktur und Dogmatik polizeirechtlicher Eingriffstatbestände

In zahlreichen polizeirechtlichen Befugnisnormen wird nicht länger auf die traditionelle Eingriffsschwelle der konkreten Gefahr abgestellt, sondern es werden als Voraussetzung für polizeiliche Maßnahmen lediglich „Tatsachen“, „bestimmte Tatsachen“ oder „tatsächliche Anhaltspunkte“ verlangt, die eine bestimmte „Annahme“ rechtfertigen. Das bayerische Polizeirecht gestattet ein polizeiliches Einschreiten auch bei einer „drohenden Gefahr“, und auch in Nordrhein-Westfalen gab es Pläne, diese Eingriffsschwelle einzuführen. Der folgende Beitrag beleuchtet Struktur und Dogmatik der neuen Gefahrenvorfeldbefugnisse und tritt der verbreiteten These entgegen, der Verzicht auf das Erfordernis einer konkreten Gefahr laufe auf eine Entgrenzung polizeilicher Kompetenzen hinaus.

#### I. Einleitung

Seit dem sogenannten Kreuzberg-Urteil des *Preußischen OVG* aus dem Jahre 1882 hat sich in Rechtsprechung und Lehre die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Aufgaben der Polizei im Kern auf die Gefahrenabwehr beschränkt sind.<sup>1</sup> So erklärt sich, dass der Begriff „Gefahr“ heute den Dreh- und Angelpunkt der Polizeirechtsdogmatik bildet. Die Polizeigesetze der Länder enthalten allerdings zunehmend auch Ermächtigungsgrundlagen, in denen der Begriff „Gefahr“ nicht mehr auftaucht.<sup>2</sup> An die Stelle der „Gefahr“ treten

andere Eingriffsschwellen, welche der Polizei ein Tätigwerden im Gefahrenvorfeld erlauben und von denen zwei hier näher behandelt werden sollen.<sup>3</sup> So wird das polizeiliche Eingreifen in vielen Normen von „Tatsachen“, „bestimmten Tatsachen“ oder „tatsächlichen Anhaltspunkten“ abhängig gemacht, die eine bestimmte „Annahme“ rechtfertigen. § 16a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PolG NRW etwa erlaubt die längerfristige Observation von Personen, soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die betroffenen Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wollen. Hiervon zu unterscheiden ist die Eingriffsschwelle „drohende Gefahr“. Der bayerische Gesetzgeber hat sie durch das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 24. 7. 2017<sup>4</sup> in sein Polizeirecht eingeführt. Der Rechtsbegriff der drohenden Gefahr findet sich heute in der Generalklausel (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 BayPAG), aber auch in vielen Standardermächtigungen des bayerischen Polizeirechts, wie zum Beispiel den Vorschriften über den Platzverweis (Art. 16 Abs. 1 BayPAG) und die elektronische Fußfessel (Art. 34 Abs. 1 BayPAG). In Anlehnung an diese Regelungen gab es auch in Nordrhein-Westfalen Überlegungen, die „drohende Gefahr“ als polizeirechtliche Eingriffsschwelle einzuführen.<sup>5</sup>

Die neuen Vorfeldbefugnisse sind nicht nur in Fachkreisen, sondern auch von einer breiten Öffentlichkeit intensiv diskutiert und teilweise scharf kritisiert worden.<sup>6</sup> Viele Stimmen zeigen sich besorgt um den Schutz der Grundrechte und

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Verwaltungswissenschaften, öffentliches und privates Wirtschaftsrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden.

1 *PrOVGE* 9, 353 ff. Siehe auch *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl. 2018, § 1 Rn. 10f.; *Friedrich Schoch*, *Ab-schied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats?*, *Der Staat* 43 (2004), 347 ff.; *Joachim Rott*, *100 Jahre „Kreuzberg-Urteil“ des PrOVG*, *NVwZ* 1982, 363 ff.; *Harald Walther*, *Das „Kreuzberg-Urteil“*, *JA* 1997, 287 ff.

2 Ausführlich zu diesem Paradigmenwechsel im Polizeirecht *Anna Leisner-Egensperger*, *Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr*, *DÖV* 2018, 677 ff.; *Manfred Baldus*, *Entgrenzungen des Sicherheitsrechts – neue Polizeirechtsdogmatik?*, *Die Verwaltung* 47 (2014), 1 ff.; *Markus Ogorek*, *Risikoversorgende Videoüberwachung*, *DÖV* 2018, 688 ff.; zu den Vorfeldstatbeständen *Kay Waechter*, *Bundestrojaner – Die Selbstgefährdung der Rechtsstaatlichkeit am Beispiel der Gefahrbegriffe*, *JZ* 2015, 8 (10 ff.).

3 Vgl. zu der im Folgenden nicht angesprochenen Kategorie der sog. Bedrohungsstatbestände *Matthias Bäcker*, *Kriminalpräventionsrecht*, 2015, S. 215 ff.

4 *GVBl.* 2017, S. 388. Siehe hierzu auch die überblickartige Darstellung von *Birgit Müller*, *Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei*, *BayVBl.* 2018, 109 ff. Durch das Gesetz zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts v. 18. 5. 2018 (PAG-Neuordnungsgesetz), *GVBl.* 2018, S. 301, ist die „drohende Gefahr“ als rechtliche Kategorie in weiteren Befugnisnormen als maßgebliche Eingriffsschwelle vorgesehen worden.

5 Siehe den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen, *LT-Drs.* 17/2351; hierzu *Bodo Pieroth*, *Befugnisweiterung mit Begriffsverwirrung*, *GSZ* 2018, 133 ff.

6 Zur Diskussion, welche der Begriff „drohende Gefahr“ in der medialen Öffentlichkeit ausgelöst hat, *Leisner-Egensperger* (Fn. 2), S. 683.